

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE DIREITO**

ARTHUR MELLO BROTTTO

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES: O DISCURSO DE ÓDIO
VOLTADO ÀS MINORIAS LGBTT**

FLORIANÓPOLIS

2016



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Arthur Mello Brotto

RG: 8.090.468-1

CPF: 067.953.069-09

Matrícula: 08222005

Título do TCC: A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES: O
DISCURSO DE ÓDIO VOLTADO ÀS MINORIAS LGBTQ

Orientador(a): Reinaldo Pereira e Silva

Eu, Arthur Mello Brotto, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo,
assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico
apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 29 de novembro de 2016.

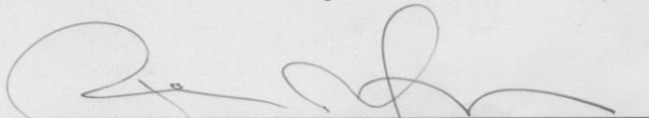
Arthur Mello Brotto

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

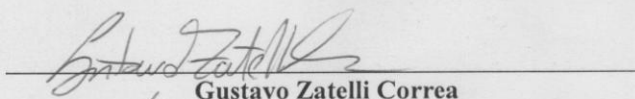
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES: O DISCURSO DE ÓDIO VOLTADO ÀS MINORIAS LGBTQTT**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “**Arthur Mello Brotto**”, defendido em 29/11/2016 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 8,5 (oitro e meio), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

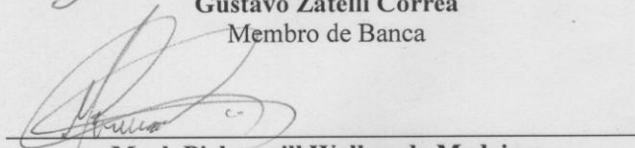
Florianópolis, 29 de Novembro de 2016



Reinaldo Pereira e Silva
Professor Orientador



Gustavo Zatelli Correa
Membro de Banca



Mark Pickersgill Walker de Medeiros
Membro de Banca

ARTHUR MELLO BROTTTO

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES: O DISCURSO DE ÓDIO
VOLTADO ÀS MINORIAS LGBTT**

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da
UFSC, como requisito à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Reinaldo Pereira
e Silva.

FLORIANÓPOLIS - SC

2016

RESUMO

A presente pesquisa versa sobre o Princípio da Liberdade de Expressão e a maneira como ele se relaciona com os demais preceitos de nossa Constituição. No Estado Democrático, podemos observar diversos conflitos entre as normas fundamentais, as quais, por serem harmônicas em um sistema fechado, devem ser balanceadas para aplicação no caso concreto através do Princípio da Proporcionalidade. Especificamente, dá-se destaque aos conflitos gerados pelos embates entre os Princípios da Liberdade de Expressão, Dignidade da Pessoa Humana e Isonomia: com a recente atenção midiática para a problematização do machismo, e a ênfase atual para as discussões de gênero e orientação sexual, o preconceito de gênero aparece como uma nova forma de discriminação, consubstanciado na homofobia e transfobia, revelando problemas tão graves quanto os causados pelo racismo. Como pretendemos demonstrar, tal discurso de ódio frequentemente se esconde sob a máscara da liberdade de expressão para atacar a dignidade do ofendido, sendo necessária a intervenção do Estado por meio do direito, para salvaguardar os direitos subjetivos decorrentes dos Princípios da Isonomia e Dignidade Humana.

Palavras-chave: Direito constitucional; liberdade de expressão; discurso de ódio; “gênero”; “minorias”; LGBTT;

ABSTRACT

The main objective of this research is the relation between the principle of freedom of speech and the other subjective rights that emanates from our Constitution. At our democratic state, we can observe many conflicts between the fundamental norms, which, as being harmonic in a closed system, must be balanced by the principle of proportionality for real application. Specifically, emphasis is given to the conflicts generated by the clashes between freedom of speech and human dignity and equality, here also understood as right to fully be part of the civil society. The recent media attention to the issues of violence against women and gender discrimination brought attention to a new form of violence, embodied in acts of homophobia and transphobia, revealing problems as serious as those unleashed by racism. We intend to demonstrate that such hate speech often hides under the guise of freedom of speech to attack the dignity of the victim, which requires the intervention of the State through the law to safeguard the subjective rights that flows from the principles of equality and human dignity.

Keywords: Constitutional rights; freedom of speech; hate speech; gender issues;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	9
1.1 TERMOS GERAIS.....	9
1.2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL.....	12
1.3 A DOUTRINA DO “HATE SPEECH”.....	14
1.4 O DISCURSO DE ÓDIO VS A LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	17
2 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA – LIBERDADE DE EXPRESSÃO, HATE SPEECH E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	20
2.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 18534 – SÃO PAULO.....	20
2.2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - HABEAS CORPUS Nº 83.996-7 – RIO DE JANEIRO.....	23
2.3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - HABEAS CORPUS Nº 82.424-2 – RIO GRANDE DO SUL.....	25
3 A DEFESA DAS MINORIAS PERANTE A ORDEM CONSTITUCIONAL.....	35
3.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - INQUÉRITO 3590 - DISTRITO FEDERAL.....	35
3.2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4733 – DISTRITO FEDERAL.....	38
3.3 A FUNDAMENTAÇÃO EM FAVOR DAS MINORIAS NO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4733.....	43
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	52

INTRODUÇÃO

Em um Estado Democrático de Direito existem diversos princípios necessários ao convívio digno e pacífico entre os cidadãos. Especificamente na República Federativa do Brasil, têm-se a Constituição Federal como ordem máxima e suprema, adotada pelo ordenamento jurídico infraconstitucional como guia e pressuposto de validade. Da Constituição da República Federativa do Brasil se erigem tais princípios, os quais coexistem e se limitam mutuamente. Nesse prisma, temos o Princípio da Liberdade de Expressão, que dita que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (CF art. 5º, IX). Tal princípio explica que o cidadão brasileiro é livre para se expressar como bem quiser, sem receio de contrapartidas negativas por parte do Estado. Trata-se de um direito a não ser censurado.

Porem tal liberdade não se dá de maneira absoluta. Há outros princípios coexistentes na ordem constitucional, entre os quais destaca-se o Princípio da Isonomia (CF art. 5º, *caput*) e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (CF art. 1º, III). Este ultimo garante que todo cidadão possa viver e ser tratado com dignidade, em conformidade com os valores éticos, morais e jurídicos insculpidos na Carta Magna de 1988. Aquele, por sua vez, preceitua que “todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza (...)”; a hermenêutica decorrente de tais princípios, a qual busca um tratamento isonômico pleno aos cidadãos, permite inferir que aqueles que se encontram em circunstâncias diferenciadas demandam, pois, um tratamento diferenciado. Não se pode, por exemplo, esperar que uma pessoa que sofra de determinada deficiência que a obrigue a depender de cadeiras de rodas para se locomover utilize as escadas para acessar determinado prédio público. Deve-se adaptar a estrutura do prédio para assegurar o acesso a este grupo de indivíduos.

Entre os que demandam atenção especial da ordem jurídica a fim de resguardar a isonomia, as minorias, como grupo social/humano, são, historicamente, perseguidas pelo grupo majoritário dominante, notadamente pelo preconceito e inferiorização, sejam estes sociais, econômicos, simbólicos ou por meio da violência propriamente dita.

Temos como minorias os grupos em inferioridade numérica ou situação de subordinação sócio-econômica, política ou cultural, passíveis de sofrer opressões pela supremacia dominante. Fazem-se necessários mecanismos de defesa a estes oprimidos, compatibilizando sua situação com os preceitos inerentes ao Estado Democrático de Direito. A tipificação do crime de racismo na própria Constituição Federal decorreu da atenção especial necessária ao grupo minoritário dos negros, cuja opressão e violência sofrida demandaram medida jurídica drástica para inibir o comportamento agressivo dirigido a eles. Mais que isso, demonstrou uma preocupação do constituinte com uma situação em total desacordo com os princípios com os quais se pretendia esculpir a República Federativa do Brasil.

Nota-se que, em nossa sociedade brasileira, os direitos à Dignidade e Isonomia desses grupos sociais minoritários – notadamente os LGBTT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais), não abarcados pela proteção contra o racismo – tem sido cada vez mais negligenciados. Os discursos de ódio são mais recorrentes na mídia, invocando a liberdade de expressão como amparo para ofender e estigmatizar tais minorias, que são oprimidas e perseguidas, o que vem a demonstrar cada vez mais a ineficiência e insuficiência dos remédios jurídicos passíveis de protegê-las.

Neste paradigma que surge o dever do operador de direito de garantir a plena aplicação dos Princípios da Isonomia e Dignidade da Pessoa Humana, ponderando-se em favor destes quando da colisão com o Princípio da Liberdade de Expressão, utilizado na forma do discurso de ódio.

Para demonstrar tal linha de pensamento, o presente trabalho pretende primeiramente apanhar em linhas gerais o Princípio da Liberdade de Expressão no Brasil, bem como a chamada doutrina de “hate speech”, relacionando-os.

Em seguida, busca demonstrar o tratamento constitucional dado pelo Supremo Tribunal Federal aos casos que envolvem o Princípio da Liberdade de Expressão e a doutrina do “hate speech”, bem como a solução constitucional aplicada para o embate de Princípios Constitucionais, chamado de Princípio da Proporcionalidade.

Por fim, procura abarcar recentes casos do Supremo Tribunal Federal que envolvem o preconceito e a violência contra as minorias, e a maneira como os ministros enxergam tal situação, pretendendo-se demonstrar a necessidade de uma solução constitucional mais eficaz que as apresentadas.

1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

1.1 TERMOS GERAIS

As preferências e aversões da sociedade, ou de alguma poderosa parte dela, constituem, assim, a principal determinante das normas estatuídas para observância geral, sob as penalidades da lei ou da opinião. E aqueles que se adiantaram, nos seus pensamentos e sentimentos, sobre a sociedade, em regra não se ergueram contra essa condição das coisas em princípio, por mais que se tenham posto em conflito com ela em algumas das suas minúcias. Preocuparam-se mais em indagar que coisas a sociedade devia estimar ou aborrecer do que em inquirir se as preferências ou aversões dela deviam constituir lei para os indivíduos. Preferiram tentar a transformação dos sentimentos humanos quanto às particularidades nas quais eles próprios agiam como heréticos a fazer causa comum, em defesa da liberdade, com os heréticos em geral.¹

John Stuart Mill, em sua obra “Sobre a liberdade”, apresenta um ensaio onde se investiga a necessidade da interferência (e, conseqüentemente, da não interferência) do Estado sobre o indivíduo cidadão. Seus escritos enunciam princípios e linhas de pensamento que contribuíram basilarmente para a noção moderna da Liberdade de Expressão, motivo pelo qual este autor é tratado primeiro no presente trabalho.

No desenvolvimento de seu raciocínio, denuncia os perigos para a racionalidade humana oriundos da censura estatal sobre o livre pensamento, a qual, ao impedir a livre propagação e discussão das ideias, cessa o desenvolvimento da capacidade humana, vez que o conhecimento verdadeiro somente pode ser vislumbrado mediante a exaustiva colisão de opiniões contrárias².

Atenta-se à defesa quase irrestrita da liberdade individual, fazendo ressalva, porém, aos atos em que se verifica um prejuízo definido, ou um risco definido de prejuízo, a um indivíduo ou ao público, casos em que se sai do setor da liberdade, invocando-se reprovação nos setores da moralidade ou da lei.³

¹ MILL, John Stuart. Sobre a liberdade; tradução Alberto da Rocha Barros – 2.ed. – Petrópolis, RJ : Vozes, 1991. p.51.

² Ibid. p. 94.

³ Ibid. p. 124.

Atenta também ao fato de que as sociedades, por meio de suas maiorias, tendem a seguir e impor ideias e práticas dominantes como regras de pensamento e conduta, podendo a opressão social contra os dissidentes ser mais impiedosa que a opressão estatal.

Assim, apesar de preconizar a distância entre o controle governamental e a liberdade individual, observa que o povo pode desejar oprimir uma parte de si mesmo – “a vontade do povo significa praticamente a vontade da mais numerosa e ativa parte do povo” – sendo necessárias precauções contra tal possibilidade como contra qualquer outro abuso de poder⁴.

Immanuel Kant, por sua vez, em opúsculo publicado em uma época anterior, refere-se à menoridade da qual o próprio homem é culpado, que é a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem⁵. Tal menoridade é resultado da falta da liberdade - uso público da razão humana em todos os elementos – a que a humanidade foi submetida, por tirania estatal.

Para ele, a reprodução de conhecimento, pelos professores e clérigos a serviço do Estado de sua época, apenas utiliza o uso privado da razão, tendo em vista que estes exercem incumbência alheia, sendo necessário, por outro lado, o uso público da razão, gozando o interlocutor de uma liberdade ilimitada de se servir da própria razão e de falar em seu nome próprio.

Por intermédio do uso público da razão, o erudito exporia suas ideias racionais para o público do mundo letrado, e, mediante tal processo de fomento de racionalidade, proporcionaria ao homem a saída da menoridade onde se encontra atrofiado. Portanto, o desenvolvimento da tendência e vocação para o pensamento livre possibilitaria ao povo, gradualmente, a “agir segundo a liberdade”.

⁴ Ibid. p. 48.

⁵ KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: “Que é o Iluminismo?”; tradução Artur Morão – www.lusosofia.net. Acesso em 20 de julho de 2016.

A liberdade de expressão para estes autores deriva da possibilidade de publicização praticamente irrestrita do conteúdo intelectual particular, fomentando um posterior livre debate de idéias, que por fim resultaria em benefícios para toda a sociedade, amadurecendo-a. Tal liberdade, destarte, deve ter como objetivo o bem comum, presumindo-se que quanto mais esclarecida a sociedade, mais igualitária e justa ela será.

Martin Kriele, citando Thomas I. Emerson, enumera quatro finalidades dos direitos fundamentais, utilizando como base de parâmetro a liberdade de expressão: em primeiro lugar, o aprimoramento individual, de onde se depreende a consequência de que esta liberdade (de expressão) é um fim em si mesma, favorecendo ou não outros fins políticos e sociais⁶.

Em segundo lugar, a liberdade de expressão atua como elemento protetor das condições necessárias para o progresso na busca da verdade; somente a liberdade de opinião garante que as opiniões se corrijam mutuamente no transcurso do tempo, garantindo o progresso dialético.

Em terceiro lugar, há a imprescindibilidade da liberdade de expressão para o processo decisório político em uma sociedade democrática, pois a maturidade intelectual do povo através do progresso dialético se faz necessária para que as decisões políticas sejam justas e razoáveis.

Em quarto lugar, o equilíbrio entre a estabilidade e mudanças somente ocorre por vias pacíficas se a condição de liberdade propiciar um confronto de ideias, e não de força. Sem a proteção à livre discussão, restaria apenas a opressão ou a revolta civil, devendo pois os conflitos que movem a história serem debatidos e mantidos em vias pacíficas, e não suprimidos.

Kriele aproveita para complementar esta finalidade quádrupla de Emerson com mais duas finalidades: o controle democrático do Estado pressupõe a liberdade de expressão, pois o cumprimento de sua finalidade deve ser controlado pela opinião pública, e sua violação deve dar lugar à indignação pública. Ainda, a

⁶ KRIELE, Martin. Introducción a la teoría del Estado. Buenos Aires: De Palma, 1980. p. 472-474.

liberdade de opinião reforça a legitimidade das decisões estatais, pois todas as decisões adotadas pela autoridade serão expostas a exame crítico, dando menos espaço a eventuais injustiças⁷.

Mesmo com essa noção mais moderna da liberdade de expressão, nota-se que o autor ainda dá destaque ao uso da liberdade para o amadurecimento intelectual do povo, para que este se desenvolva pacificamente, de maneira benéfica para toda a sociedade, gerando um bem estar social comum.

1.2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL

João dos Passos Martins Neto inicia seu livro sobre os fundamentos da liberdade de expressão explicando que a liberdade, em sentido jurídico, corresponde à ausência de norma jurídica que proíba ou ordene um determinado comportamento⁸. O cidadão, portanto, tem a liberdade de agir como bem entender, nos casos em que a lei não proíba determinada conduta, ou não determine a observância e cumprimento de conduta estabelecida.

As democracias constitucionais, como no caso do Brasil, garantem ainda a observância de princípios imutáveis, os quais, por estarem “congelados” em nossa Constituição, impedem determinação diversa no âmbito infraconstitucional, conforme o parágrafo 4º inciso IV do artigo 60 da CF⁹. Tal mecanismo obsta que uma maioria parlamentar prejudique uma minoria, invalidando eventuais normas que restrinjam as chamadas liberdades constitucionais. Deste modo, o cidadão estaria autorizado a praticar determinada conduta em decorrência da Constituição.

⁷ Ibid. p. 474.

⁸ MARTINS NETO, João dos Passos. Fundamentos da liberdade de expressão; Florianópolis: Insular, 2008. p. 25.

⁹ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV – os direitos e garantias individuais.”

As liberdades, portanto, podem derivar da lacuna deixada pela ausência de normas proibitivas e mandamentais, ou da permissão para agir ou deixar de agir conforme determinação constitucional. Estas são denominadas liberdades constitucionais, e aquelas liberdades legais¹⁰.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 observamos uma das facetas do Princípio da Liberdade de Expressão em seu artigo 220, o qual preconiza que “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

Nos seus próprios parágrafos subseqüentes é demonstrado que tal liberdade constitucional não é absoluta, enumerando-se algumas ressalvas permissivas ao legislador ordinário, a quem é garantida a possibilidade de restrição deste princípio, por meio de lei infraconstitucional, para regular a publicidade de bebidas alcoólicas, medicamentos, tabaco, terapias e agrotóxicos (CFRB, art. 220, § 4º), bem como garantir ao cidadão os meios para defender valores éticos e sociais que porventura sejam alvo de nocividade por mídias de massas (CFRB, art. 220, § 3º). Ainda, preconiza restrições na própria Constituição por meio de seu parágrafo primeiro, o qual indica a inviolabilidade da honra, da intimidade e da imagem, dispostos nos incisos IV, V, X, XIII e XIV do artigo 5º.

Ressalta o autor que “o simples fato de uma Constituição não ter, de modo explícito, declarado determinadas comunicações como não protegidas não significa automaticamente que elas não possam ser banidas pelo legislador”¹¹. Admite, portanto, a hipótese de restrição legislativa ordinária sobre o referido Princípio Constitucional, sem necessariamente implicar inconstitucionalidade.

Cabe diferenciar aqui os atos comunicativos que possuem valor expressivo dos que não o possuem. Aqueles dignos de proteção constitucional são os que satisfazem tal requisito, que se consubstancia em apresentar características que determinam os fundamentos das normas constitucionais que garantem a

¹⁰ Ibid. p. 27.

¹¹ Ibid. p. 35.

liberdade de expressão, ou seja, promover a verdade, aperfeiçoar o conhecimento, promover o funcionamento da democracia, ser essencial à autonomia e dignidade individuais, e ser compatível com a tolerância preconizada no Preâmbulo da Constituição.¹²

Dessarte, atos comunicativos esvaziados de valor expressivo são impassíveis de proteção constitucional, por irem de encontro aos valores promulgados pelo constituinte para nossa sociedade democrática de direito.

1.3 A DOUTRINA DO “HATE SPEECH”

Kevin Boyle explica que a liberdade de expressão/imprensa constitui elemento fundamental para o funcionamento de uma democracia, pois é através desta liberdade que o cidadão pode exercer seu controle sobre o Estado. Por outro lado, temos a igualdade política, igualmente importante numa democracia, pois garante a proteção do direito à cidadania de todos, possibilitando o direito à participação política.¹³

Onder Bakircioglu, professor na Queen’s University Belfast, define o *Hate Speech* como o discurso que pretende incitar ódio e violência contra certos grupos ou indivíduos, e que tem como característica a utilização de palavras como armas para aterrorizar, machucar, humilhar e degradar, causando dano não somente ao estado psicológico e emocional do alvo, como também à sua liberdade individual, dignidade e personalidade; ainda, no âmbito social, causa afastamento do grupo visado da sociedade, e perda de identidade cultural.¹⁴

Entende que em face de continuas e sérias ações de discriminação sexual, ética, religiosa e suas consequências violentas, qualquer solução viável para o problema do discurso de ódio deve levar em conta o delicado balanço entre a liberdade de expressão e os demais direitos individuais em cada caso. Por um lado,

¹² MARTINS NETO, João dos Passos. op. cit. p. 71.

¹³ BOYLE, Kevin. Hate Speech – the United States versus the rest of the World?. In Maine Law Review. 2001. p.490.

¹⁴ BAKIRCIOGLU, Onder. Freedom of Expression and Hate Speech, Tulsa J. Company & Int’l L. (2008). p. 4-5.

não há como negar que a liberdade de expressão constitui arma essencial contra o preconceito e a intolerância; por outro lado, a liberdade de expressão não pode sempre ser privilegiada em face de outros valores igualmente importantes, como a não-discriminação e a igualdade.¹⁵

Paul Gordon, em artigo chamado “Racist Violence: The Expression of Hate in Europe”, publicado na coletânea denominada “Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination”, caracteriza o racismo como “um ato de violência ou abuso direcionado às pessoas ou suas propriedades, que é motivado, pelo menos em parte, por racismo, que é o ódio ou desprezo por pessoas por causa de sua cor de pele, origem étnica, nacionalidade ou religião.” No entanto, qualquer um que seja considerado “um outro” pode ser considerado objeto de violência racista.¹⁶

Após trabalhar com estatísticas demonstrando casos de violência racista pela Europa, o autor afirma que para entender o crescimento da violência racista em qualquer sociedade é necessário analisar o clima político e social onde ela ocorre. Segundo ele, “violência racista é expressão do racismo, e costuma surgir em sociedades onde o racismo se tornou respeitável ou ao menos não condenado de maneira total e consistente.”¹⁷

Conclui seu artigo arguindo que a forma de acabar com a violência racista seria combatê-la de todas os modos, incluindo ação firme da polícia e demais membros da sociedade contra expressões de violência motivadas por ódio racista. Além disso, para modificar o ambiente onde o racismo cresce, o governo deve se comprometer em políticas e práticas que visam o encorajamento do respeito pelos direitos e dignidade humana daqueles considerados diferentes pela sociedade em que se atua.¹⁸

¹⁵ Ibid. p. 8.

¹⁶ GORDON, Paul. Racist Violence: The Expression of Hate in Europe. In Striking a Balance. Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination. Compilation edited by Sandra Coliver. Article 19, London and Human Rights Centre, University of Essex, 1992. p.9.

¹⁷ Ibid. p. 15.

¹⁸ Ibid. p. 17.

Nesta mesma coletânea, Michael Banton publica ensaio denominado “The Declaratory Value of Laws Against Racial Incitement”, em que alega que a disseminação de ideias baseadas na superioridade racial pode determinar o comportamento de membros da classe racial dominante em desfavor das minorias, criando embustes que os impedem de buscar amparo a seus direitos civis.

Nesse sentido, entende que ideias desse tipo podem afetar a atitude e personalidade das pessoas, e consequentemente influenciar seu comportamento; e como a relação entre ideia e comportamento é uma via de mão dupla, tal consequência pode acontecer partindo da via contrária. Enquanto ideias podem influenciar o comportamento, o comportamento pode influenciar ideias com a mesma intensidade. A proibição, por costume ou lei, de certas formas de comportamento, pode influenciar a maneira como o povo pensa sobre possíveis maneiras de se comportar.¹⁹

Destaca o autor que as normas são melhor observadas quando seguidas voluntariamente. Dessa forma, explica que um dos principais motivos para a interferência estatal em forma de lei é a criação espontânea de uma norma social por meio do comportamento do povo, que, ao aceitar determinada conduta como ilegal, passa a condena-la também moralmente. Destaca que a influencia das mídias de massa demonstra grave importância para o alcance do objetivo.²⁰

Sobre este último ponto, o autor afirma que grande parte do afastamento que a raça majoritária mantém das minorias não é necessariamente uma projeção dos próprios sentimentos e receios. Tal comportamento pode ser resultado da interpretação subjetiva do indivíduo sobre a maneira como a sociedade em geral se manifesta,²¹ revelando mais uma vez o papel das mídias no comportamento social, como também o destaque dos formadores de opinião, influentes na maneira como

¹⁹ BANTON, Michael. The Declaratory Value of Laws Against Racial Incitement. In *Striking a Balance. Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination*. Compilation edited by Sandra Coliver. Article 19, London and Human Rights Centre, University of Essex, 1992. p. 350.

²⁰ Ibid. p. 353.

²¹ Ibid. p. 355.

determinada parte da população escolhe quais normas são as mais adequadas para se seguir em determinadas situações.²²

1.4 O DISCURSO DE ÓDIO VS A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Onder Bakircioglu enumera quatro argumentos de embates entre os dois polos do subtítulo deste capítulo, apresentando os motivos que valoram a primazia da liberdade de expressão, e a contrapartida gerada pelos discursos de ódio²³.

Em primeiro lugar, há o argumento de que a liberdade de expressão irrestrita contribui para o aprimoramento individual. Tal premissa tem base nas ideias ocidentais de que o fim do homem na terra é a realização e alcance do seu pleno potencial como ser humano. O pensamento e troca de opiniões são as maneiras mais básicas de se atingir esse objetivo.

Partindo desta premissa, a interferência do governo na liberdade de expressão do indivíduo afetaria a liberdade e autonomia individual, criando entraves para o desenvolvimento próprio. Ocorre que tal visão não leva em conta o dano causado pelo discurso de ódio nas suas vítimas, que pode facilmente silenciá-las e desmoralizá-las, desencorajando-as de participar de diversas atividades da sociedade civil, incluindo debates públicos, o que evitaria o crescimento individual das classes afetadas, tendo em vista que o aprimoramento individual depende diretamente dos conceitos de segurança, igualdade, não-discriminação e amor próprio.

O segundo argumento diz respeito à busca pela verdade, que seria prejudicada pela interferência na liberdade de expressão, resultando em obstáculos para o aprimoramento de conclusões, e a perpetuação de erros por falta de conhecimento.

²² Ibid.. p. 356.

²³ BAKIRCIOGLU, Onder. op. cit. p. 9,13.

A natureza coletiva da liberdade de expressão pressupõe a troca de informações e intercâmbio de ideias entre indivíduos, para a construção de ideias melhores e busca pela verdade. Assim, um controle do governo sobre o fluxo de informação pode levar à alienação e ao controle do pensamento do povo.

Por outro lado, em uma sociedade desigual, o balanço de poder determina o fluxo de informações, bem como silencia as minorias em detrimento da maioria, impedindo aqueles de externar suas opiniões em sociedade. Portanto, cabe ao Estado regular o fluxo de informações para que dele possa ter acesso a minoria prejudicada, criando-se igualmente oportunidades e canais para que estes possam externalizar suas opiniões.

O terceiro argumento é relacionado ao processo democrático de tomada de decisões. Como o governo é legitimado pelo povo, e atua segundo o interesse destes, o processo democrático depende intrinsecamente da liberdade de expressão e do extenso debate para que os anseios dos governados possam ser ouvidos e atendidos.

Destarte, a própria liberdade de expressão atua em favor das minorias, que pelos meios democráticos devem procurar afetar as políticas governamentais em seu favor, expondo seus problemas e anseios e assim buscar meios de sanar o silêncio civil em que se encontram.

Porém, a liberdade de expressão não é a única condição necessária para que tais proposições se efetivem: distribuição justa de renda, acesso igualitário à educação, imprensa livre, políticas sociais efetivas, eleições democráticas e multipartidárias, representação justa dos grupos de minorias, enfim, todos os elementos inerentes para uma democracia plural devem acompanhar o direito à liberdade de expressão. De outra forma, “a participação democrática somente seria uma possibilidade teórica, e não realidade.”²⁴

²⁴ BAKIRCIOGLU, Onder. op. cit. p. 12.

Por fim, há o problema derivado da repressão à liberdade de expressão, representado pela estagnação social, que com o tempo levaria à indignação civil contra seus governantes ou determinada camada de poder, e consequentemente à violência. A livre discussão é um meio não violento de promover as mudanças históricas sociais necessárias em uma sociedade. Tal interpretação porém ignora os danos violentos causados pelo discurso de ódio em cima das minorias hostilizadas, que são atacadas e deslegitimadas como grupo, podendo ser levadas à destruição.

Estes argumentos em favor da liberdade de expressão irrestrita, portanto, pressupõe um nível de iluminação e civilidade extremamente avançado dos cidadãos, que por sua própria racionalidade conseguiriam diferenciar “o bem do mal” nos discursos. Como a história demonstra, esse nem sempre é o caso.

Portanto, a proteção da vida e dignidade humana, igualdade e não discriminação, princípios que perfazem os valores fundamentais que possibilitam a convivência pacífica, devem ser protegidos pelo Estado, e tal proteção muitas vezes requer a restrição parcial da liberdade de expressão.

2 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA – LIBERDADE DE EXPRESSÃO, HATE SPEECH E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Buscar-se-á, nos subcapítulos seguintes, demonstrar o tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal às lides envolvendo liberdade de expressão, hate speech e o Princípio da Proporcionalidade. Para tanto, colaciona-se excertos dos votos dos Ministros responsáveis, relevantes não só por demonstrar o posicionamento adotado pelo STF nas questões propostas, como também pelo valor argumentativo que se infere da fundamentação arguida.

2.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 18534 – SÃO PAULO

Trata-se de recurso em mandado de segurança, interposto pela Editora Abril Ltda., contra ato do Juiz da Vara de Menores da Comarca da Capital de São Paulo, cujo julgamento ocorreu em 1º de outubro de 1968, que mandou recolher 231.680 exemplares da revista “Atualidade”, causando grave prejuízo à impetrante.

A apreensão, escorada sob o artigo 53 da antiga Lei de Imprensa²⁵, foi feita sob o fundamento de que a revista apresenta conteúdo obsceno, especificamente os de título “Por que me orgulho de ser mãe” e “Confissões de uma moça livre”, e uma fotografia “que seria de mau porte, mas não obscena”.²⁶

²⁵ Lei nº 2083, de 12 de novembro de 1953 – Regula a Liberdade de Imprensa.

Art. 53. Não poderão ser impressos, nem expostos à venda ou importados, jornais ou quaisquer publicações periódicas de caráter obsceno, como tal declaradas pelo Juiz de Menores, ou, na falta deste, por qualquer outro magistrado.

§ 1º Os exemplares encontrados serão apreendidos.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Recurso em Mandado de Segurança n.º 18534/SP. Relator: CAVALCANTI, Themistocles. Publicado no DJ 27-12-1968 p. 005530. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115155>. p. 1159. Acessado em 01-08-2016.

Segue a ementa:

OBSCENIDADE E PORNOGRAFIA. I- O direito constitucional de livre manifestação do pensamento não exclui a punição penal, nem a repressão administrativa de material impresso, fotografado, irradiado ou divulgado por qualquer meio, para divulgação pornográfica ou obscena, nos termos e forma da lei. II- À falta de conceito legal do que é pornográfico, obsceno ou contrário aos bons costumes, a autoridade deverá quiar-se pela consciência de homem médio de seu tempo, perscrutando os propósitos dos autores do material suspeito, notadamente a ausência, neles, de qualquer valor literário, artístico, educacional ou científico que o redima de seus aspectos mais crus e chocantes. III- A apreensão de periódicos obscenos cometida ao Juiz de Menores pela Lei de Imprensa visa à proteção de crianças e adolescentes contra o que é impróprio à sua formação moral e psicológica, o que não importa em vedação absoluta do acesso de adultos que os queiram ler. Nesse sentido, o Juiz poderá adotar medidas razoáveis que impeçam a venda aos menores até o limite de idade que julgar conveniente, desses materiais, ou a consulta dos mesmos por parte deles. (grifei)²⁷

O julgamento foi feito sob a égide da Lei de Imprensa de 1953, que tinha por objetivo regular a liberdade de imprensa, causando entraves evidentes à liberdade de expressão. Em sentido contrário consta o voto do Ministro Aliomar Baleeiro, ao qual darei maior atenção aqui, por privilegiar a liberdade de expressão em face da censura.

Cabe, antes, transcrever o resumo da matéria publicada, constante no julgado:

“O exame dos artigos reunidos em edição dedicada à mulher brasileira revela, às claras, o objetivo da revista: ampliar a liberdade sexual e reduzir o casamento a ‘algo secundário e dispensável, senão desprezível’. Basta ler os títulos: “Sexo não tem nada de indecência”, “Felicidade é possível sem o casamento”, “Devemos ser independentes a qualquer custo”. Diga-se, também, que a matéria é tratada superficialmente, por vezes levemente, sem mérito literário, e apresentada como resultado de inquéritos, cujo valor dificilmente pode ser aquilatado.

Nas “Confissões de uma moça livre” há frequentes referências ao clima social da Suécia, relativamente ao sexo, como modelo a ser seguido e ao qual “a noite funda da moral brasileira ainda” impede de chegar. As “Três histórias de desquite” constituem, em suma, uma sugestão, um convite à desquitada para refazer a sua vida ao lado de outro homem. Em “Sou mãe solteira e me orgulho disso”, se contém alguma coisa de útil, a tônica é que a maternidade é, em si mesma, propiciadora das melhores emoções e, assim, justifica e estimula que seja procurada fora do casamento.”

E justifica a rigor no risco de corrupção das jovens e crianças: “A fotografia do parto, por certo, choca o sentimento comum de pudor e é obscena,

²⁷ Abid.

segundo o conceito mais amplo, aqui admitido. A “Realidade” timbrou em tornar público aquilo que todos os povos insistem em ocultar até das pessoas mais íntimas da parturiente. Essa foto, que só caberia em revista científica especializada, não passa de violenta agressão ao pudor público. Verdade é que a revista contém excelentes páginas de exaltação à mulher. Nos próprios artigos criticados encontram-se trechos de inegável interesse. Parece, no entanto, que existem apenas para o efeito de realçar o tema principal – a dissolução da família. E como acentuou a douta Proc. Geral da Justiça, os padrões vigentes em nossa comunidade repelem a inovação, tanto que estão gravados na carta jurídica da Nação como bem a merecer especial proteção do Estado (art. 167, Constituição Federal).²⁸

O ministro alega que não é o caso de contestar o direito da sociedade de se defender do obsceno e repugnante, por meio do Estado. Inclusive o artigo 53 da Lei de Imprensa de 1953, invocado como base da condenação, dá poderes ao Juízo de Menores para ação imediata e eficaz.

Porém lembra que o conceito de “imoral”, “obsceno”, “contrário aos bons costumes” é condicionado ao local e época. Argumenta que inúmeras atitudes aceitas no passado são repugnadas hoje, e vice-versa. Cita, a título de exemplificação, entre outros, o fato de ser proibido há 30 ou 40 anos da data do julgamento que um rapaz apresentasse o busto nu nas praias.

Alega que os problemas de sexo, que em geral são o tabu dos censores, foram objeto de investigação científica de várias universidades contemporâneas, inclusive do ponto de vista psicológico e psiquiátrico das obras literárias e artísticas que tomam por motivo, sendo notória a enorme biblioteca de publicações eróticas de todos os tipos.

“Por que, então a atitude discriminatória contra a Realidade? Até que ponto, outros interesses, outras considerações, outros preconceitos ideológicos podem ter açulado uma repressão a que foram poupadas outras revistas com os mesmos pecados?”²⁹

Comparando com a situação na qual o exercício do poder de polícia pelos Juízos de Menores impede o acesso deles às boates, às bebidas alcoólicas, ao tabaco, etc., sem que disso se proibam os adultos (juízo de proporcionalidade), dá

²⁸ Abid. p. 1166.

²⁹ Voto do Ministro Aliomar Baleeiro. RMS 18534/SP. p. 1171.

provimento ao recurso, ressaltando todas as medidas que o Juiz entender adequadas para evitar a venda da revista a menores no limite de idade que lhe parecer conveniente ou a possibilidade de consulta por estes menores em bibliotecas e lugares públicos.

2.2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - HABEAS CORPUS Nº 83.996-7 – RIO DE JANEIRO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Gerald Thomas Sievers, cuja decisão foi proferida em 17 de agosto de 2004, em que o impetrante é réu em ação penal por prática de ato obsceno: diretor da peça teatral “Tristão e Isolda”, simulou masturbação e mostrou as nádegas, no Teatro Municipal do Rio de Janeiro, em reação a vaias do público, após término da apresentação.

A defesa alega inépcia da denuncia, por considerar que a conduta é atípica, pois o conceito de pudor público deve ser analisado de acordo com o local e as circunstâncias aonde a conduta foi praticada; pela relatividade da nudez humana e do ato obsceno, no contexto atual; e pela ausência de conotação sexual na atitude do paciente, atitude esta que retratava desprezo pela reação do público que o vaiava.

O tipo penal, taxado no artigo 233 do Código Penal Brasileiro, é o seguinte: Art. 233 – Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público. Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.

A seguir a ementa do acórdão:

EMENTA: Habeas corpus. Ato obsceno (art. 233 do Código Penal). 2. Simulação de masturbação e exibição das nádegas, após o término de peça teatral, em reação a vaias do público. 3. Discussão sobre a caracterização da ofensa ao pudor público. Não se pode olvidar o contexto em se verificou o ato incriminado. O exame objetivo do caso concreto demonstra que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada. 4. A sociedade moderna

dispõe de mecanismos próprios e adequados, como a própria crítica, para esse tipo de situação, dispensando-se o enquadramento penal. 5. Empate na decisão. Deferimento da ordem para trancar a ação penal. Ressalva dos votos dos Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que defendiam que a questão não pode ser resolvida na via estreita do habeas corpus.³⁰

Enquanto os ministros Ellen Gracie e Carlos Velloso indeferiram a ordem, o voto do Ministro Gilmar Mendes, pela concessão da ordem, expõe que não restou configurado o crime denunciado.

Argumenta que, apesar de se tratar de conduta grosseira e de mau gosto, tudo indica que o ato não passou de um protesto/reação às vaias do público. Colaciona matéria de jornal juntada aos autos, no qual o jornalista descreve a reação do acusado como jocosa, corroborando o argumento do impetrante. E mais, a própria simulação de masturbação não estava fora de contexto, tendo em vista que no próprio roteiro da peça, ao primeiro ato, havia uma atriz simulando masturbação em um divã.³¹

Não se deve, nesse sentido, relevar o contexto no qual o ato foi praticado: diante de um público adulto, às duas horas da manhã, no Teatro Municipal do Rio de Janeiro, sendo difícil, pois, admitir que a conduta do paciente tivesse atingido o pudor público, estando esta inserida na esfera da liberdade de expressão.³²

Defendendo o reducionismo penal, observa que a sociedade moderna possui mecanismos próprios e adequados para esse tipo de situação, como a crítica, sendo desnecessária a intervenção penal.

Temos aqui um exemplo no qual a liberdade de expressão foi favorecida em detrimento da moral pública, levando-se em conta tanto o potencial lesivo do ato, quanto o contexto no qual ele foi praticado.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Habeas Corpus n.º 83996/RJ. Relator: VELLOSO, Carlos. Publicado no DJ 26-08-2005 p. 000065. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+83996%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+83996%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b94tozc>. Acessado em 26-07-2016.

³¹ Voto Vista do Ministro Gilmar Mendes. HC 83996-7/RJ. p. 348-349

³² Voto Vista do Ministro Gilmar Mendes. HC 83996-7/RJ. p. 348-350

2.3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - HABEAS CORPUS Nº 82.424-2 – RIO GRANDE DO SUL

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Siegfried Ellwanger, cuja decisão se deu na data de 17 de setembro de 2003, em que o impetrante é réu de ação penal por crime de racismo, na qualidade de escritor e sócio da empresa “Revisão Editora Ltda.”, responsável por editar, escrever, publicar e distribuir obras de conteúdo considerado antissemita, entre elas o livro de sua autoria: “Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da Mentira do Século”.

A defesa alega que a discriminação contra judeus não está abarcada no tipo penal de racismo, tratando-se de prática discriminatória diversa, não sujeita à imprescritibilidade prevista no inciso XLII, do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

A discussão se cinge, portanto, ao conceito de raça, e a quem ele se aplica, bem como à doutrina do “hate speech”. Por tratar-se de ato envolvendo a publicidade de conteúdo escrito de cunho intelectual, a controvérsia abarca também o tema da liberdade de expressão, motivo pelo qual alguns aspectos do julgamento serão aqui analisados.

A seguir, a ementa:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social.

Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o Estado Democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuam rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do Estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira

parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoá sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No Estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.³³

O primeiro ministro a abarcar o tema do racismo em contrapartida ao da liberdade de expressão, fazendo mão de um juízo de proporcionalidade, é o Ministro Maurício Corrêa, que, após argumentar no sentido de que a ação do réu constitui sim crime de racismo, diz o seguinte:

"Malgrado não seja fundamento do writ, penso também não ocorrer na hipótese qualquer violação ao princípio constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento (CF, artigo 5º, incisos IV e IX; e artigo 220). Como sabido, tais garantias, como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte).

Atos discriminatórios de qualquer natureza ficaram expressamente vedados, com alentado relevo para a questão racial, o que impõe certos temperamentos quando possível contrapor-se uma norma fundamental a outra (CF, artigo 220, caput, in fine). A aparente colisão de direitos essenciais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional. A previsão de liberdade de expressão não assegura o "direito à incitação ao racismo", até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra.

E nesses casos há necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma e a conformação simétrica da Constituição, para que se possa operar a chamada "concordância prática", a que se refere a doutrina.

Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das cobras sob a responsabilidade do paciente, sob pena de

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Habeas Corpus n.º 82424/RS. Relator: ALVES, Moreira. Publicado no DJ 19-03-2004 p. 000017. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82424%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82424%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/az3e35m>. Acessado em 20-07-2016

colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham sob a mira desse eventual risco.”³⁴

O Ministro Celso de Mello, indo ao encontro do voto prolatado pelo Ministro Maurício Correa, argumenta que o Princípio da Liberdade de Expressão não abrangeria a incitação ao ódio público contra o povo judeu, pois “as publicações que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal.”³⁵

A prerrogativa da liberdade de expressão, dessarte, não pode servir de proteção a propósitos criminosos, sem qualquer cunho científico ou artístico, sob o risco de transgredir-se os demais valores tutelados pela ordem constitucional.

Sobre o juízo da ponderação, acrescenta que “não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto”, sendo autorizado inclusive, por razões de relevante interesse público ou por decorrência do Princípio de Convivência das Liberdades, medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos na própria Constituição. Assim, são permitidas as limitações de ordem jurídica, destinadas, por um lado, a proteger a integridade do interesse social, e, por outro, assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, vez que nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem publica e em desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.”³⁶

Dito isto, cabem aqui algumas considerações sobre o voto do Ministro Gilmar Mendes, que, a meu ver, abarcou a questão em sua completude.

³⁴ Incidências ao Voto do Ministro Maurício Corrêa. HC 82424/RS. p. 584-585.

³⁵ Antecipação ao Voto do Ministro Maurício Corrêa. HC 82424/RS. p. 628.

³⁶ Antecipação ao Voto do Ministro Maurício Corrêa. HC 82424/RS. p. 629,630.

Após concluir que a prática do réu constituiu racismo, o ministro passa a afrontar as manifestações de caráter racista com o Princípio Constitucional da liberdade de expressão; tarefa complicada, pois, segundo ele, a liberdade de expressão “constitui pedra angular do próprio sistema democrático”³⁷, por ser a liberdade de imprensa um dos instrumentos mais efetivos de controle do governo, bem como a liberdade de expressão elemento essencial de formação da consciência e vontade popular.

Há porém outra pedra basilar do sistema democrático, a igualdade política, que se traduz no direito de se exercer a cidadania plena, sem ser diminuído ou execrado pelos demais – maioria. A discriminação preconceituosa, se amparada pela liberdade de expressão, pode comprometer a própria ideia de igualdade, sendo necessário o amparo por um direito à não-discriminação.

Gilmar Mendes argumenta citando o paradigmático caso que levou o juiz estadunidense Oliver Holmes a desenvolver a expressão segundo a qual não haveria nenhuma boa razão para se tutelar a proteção à liberdade de expressão do indivíduo que grita “fogo!” em um teatro abarrotado de pessoas³⁸. Tal referência é adotada na teoria do dano claro e iminente, utilizada para ponderar o limite da proteção à liberdade de expressão, autorizando o governo a restringir a liberdade de expressão de um indivíduo quando seu objetivo é incitar uma ação eminentemente ilegal, com alta probabilidade de realização.

Ainda, alega que ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de expressão haveria de se exercer de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada (CF, art. 5º, X), deixando inclusive entrever a possibilidade de intervenção judicial para compatibilização dos valores constitucionais em conflito³⁹.

³⁷ MENDES, Gilmar. op. cit. p. 649.

³⁸ Aditamento ao Voto do Ministro Gilmar Mendes. HC 82424/RS. p. 962.

³⁹ Voto Vista do Ministro Gilmar Mendes. HC 82424/RS. p. 656.

Dai se conclui que o direito à liberdade de expressão não pode ser absoluto em uma sociedade pluralista, se disso resultar ofensa à igualdade e dignidade humana, tendo a Constituição inclusive, em seu artigo 5º inciso XLI, determinado que lei estabelecesse outras formas de proteção às manifestações discriminatórias⁴⁰.

Sobre o “hate speech”, Gilmar Mendes, citando Kevin Boyle, demonstra, através do direito comparado, que, com o ressurgimento do antissemitismo e da xenofobia em toda a Europa Ocidental, foram tomadas diversas medidas em relação ao discurso de ódio, incluindo diversas leis condenando o discurso antissemita e a negação do holocausto, casos em que a liberdade de expressão foi relativizada em face da proteção da dignidade e integridade dos ofendidos.⁴¹

Evoca, por fim, o Princípio da Proporcionalidade, citando como exemplo de sua utilização um caso da Corte Europeia de Direitos Humanos:

“A propósito, a própria Corte Europeia de Direitos Humanos, ao julgar o caso *Lehideux e Isorni versus França* (55/1997/839/1045), ECHR, 23 set. 98, aplicou o princípio da proporcionalidade, ao estabelecer um confronto entre o art. 10 (Liberdade de expressão) e o art. 17 (proibição de abuso de direito) da Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdade Fundamentais.

Nesse caso, Jacques Isorni, que foi advogado do Marechal Pétain, e Marie-François Lehideux, foram condenados penalmente pelo Judiciário francês, por “apologia aos crimes de guerra, ou de crimes e delitos de colaboração”, depois da publicação de um encarte publicitário no jornal *Le Monde*, em 13 de julho de 1984, apresentando como “salutares” certos atos de Philippe Pétain. A Corte Europeia considerou que a jurisdição francesa violou o artigo 10 da Convenção Europeia, prevalecendo, nesse caso, a liberdade de expressão.”⁴²

⁴⁰ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.”

⁴¹ Voto Vista do Ministro Gilmar Mendes. HC 82424/RS. p.651-654

⁴² Voto Vista do Ministro Gilmar Mendes. HC 82424/RS. p. 655-656.

Explica o Princípio da Proporcionalidade como aparato necessário à ponderação de conflitos entre Princípios Constitucionais, bem como atos restritivos destes; ao contrário do conflito entre regras, que costuma ser resolvido pela revogação ou redução teleológica da norma conflitante, deve haver uma “ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos”⁴³, através das três máximas parciais do Princípio da Proporcionalidade, quais sejam: a adequação (aptidão da restrição para produzir o resultado desejado); a necessidade (a solução da restrição deve ser mantida apenas se não houver outro meio menos gravoso e igualmente eficaz); e a proporcionalidade em sentido estrito (ponderação entre o princípio restringido e a realização do princípio contraposto).

“É evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância. Assegura-se a posição do Estado, no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), do pluralismo político (art. 1º, V, CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4º, VIII), e a norma constitucional que estabelece ser o racismo crime imprescritível (art. 5º, XLII).

Também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Com efeito, em casos como esse, dificilmente vai se encontrar um meio menos gravoso a partir da própria definição constitucional. Foi o próprio constituinte que determinou a criminalização e a imprescritibilidade da prática do racismo. Não há exorbitância no acórdão.

Tal como anotado nos doutos votos, não se trata aqui sequer de obras revisionistas da história, mas de divulgação de ideias que atentam contra a dignidade dos judeus. Fica evidente, igualmente, que se não cuida, nos escritos em discussão, de simples discriminação, mas de textos que, de maneira reiterada, estimulam o ódio e a violência contra os judeus. Ainda assim, o próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul agiu com cautela na dosagem da pena, razão pela qual também aqui a decisão atende ao princípio da ‘proibição do excesso’.

A decisão atende, por fim, ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente. Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcusável para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese

⁴³ Voto Vista do Ministro Gilmar Mendes. HC 82424/RS. p. 658.

de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie.”⁴⁴

O Ministro Sepúlveda Pertence explica que a liberdade de expressão, considerada por ele como um direito de vedação à censura, é um direito subjetivo que exaure seu conteúdo no próprio instante de sua realização: “Pronunciou-se a manifestação do pensamento, exteriorizou-se o pensamento e a opinião, exerceu-se esse direito garantido pela Constituição, vedando a censura.”.⁴⁵

Argumenta que coisa diversa é a responsabilidade civil ou penal, as quais a liberdade de expressão não protege, e diferencia-as das chamadas “excludentes de abusividade”, termo cunhado pelo Ministro Carlos Britto, que entende que as liberdades previstas no inciso VIII do artigo 5º da Constituição: a manifestação de crença religiosa, convicção filosófica ou política, são incensuráveis.

Analisando o conteúdo do livro do impetrante, o ministro alega não conseguir dissentir das conclusões extraídas por prova pelo Tribunal de Justiça, o que somente “faria se se tratasse de uma decisão teratológica, de uma classificação abusiva das obras e dos trechos realçados”⁴⁶, não podendo ser entendido o livro como uma tentativa subjetivamente séria de revisão histórica, carecendo de conteúdo intelectual, artístico ou político, e tratando-se de ofensa pura e simples. Enfim, denega a ordem.

Dos onze ministros que participaram do julgamento, os ministros Moreira Alves, Marco Aurélio de Mello e Carlos Ayres Britto votaram pelo deferimento do Habeas Corpus, enquanto os ministros Maurício Corrêa, Celso de Melo, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence votaram pela denegação da ordem.

Cabe ainda elucidar as razões de divergência dos votos contrários à denegação do Habeas Corpus:

⁴⁴ Voto Vista do Ministro Gilmar Mendes. HC 82424/RS. p. 669-671.

⁴⁵ Voto do Ministro Sepúlveda Pertence. HC 82424/RS. p. 1007.

⁴⁶ Voto do Ministro Sepúlveda Pertence. HC 82424/RS. p. 1008.

O Ministro Moreira Alves entende que o povo judaico não constitui raça, sendo impossível portanto incorrer na prática de racismo por práticas antissemitas.

O Ministro Carlos Ayres Britto entende não ser possível uma exegese restritiva a um dispositivo coibidor de condutas, o que fragilizaria a força normativa da Constituição, e atentaria contra “o princípio instrumental da máxima efetividade da Lei das Leis.”⁴⁷ Assim, a prática antissemita do paciente estaria em tese abarcada no conceito de racismo. O ponto crucial ficou estabelecido, na sua visão, se a conduta do impetrante resultou em abusividade ou não do direito à Liberdade de Expressão.

Ao analisar o conteúdo do livro, entendeu que houve tentativa por parte do autor de produzir uma obra objetivamente convincente, e que suas convicções, apesar de condenáveis do ponto de vista moral, são decorrentes de sua ideologia. Sua conduta utilizou, portanto, a liberdade de expressão para cimentar uma convicção política-ideológica⁴⁸, a qual possui especial proteção constitucional, nos termos do artigo 5º inciso VIII da Constituição Federal.

O Ministro Marco Aurélio de Mello, após uma longa explanação sobre a importância do Princípio da Liberdade de Expressão, que em sua maioria já estão elencados no capítulo primeiro do presente trabalho, vale-se do Princípio da Proporcionalidade como instrumento necessário para a ponderação do embate principiológico em questão – Liberdade de Expressão e Proteção da Dignidade Humana.

Entendeu que o paciente não instigou ou incitou a prática do racismo por meio do livro⁴⁹, não identificando na obra qualquer manifestação que induzisse o leitor ao preconceito odioso. A obra defende uma ideologia, o que por si só não constitui crime, não podendo ser apenada.

⁴⁷ Voto Vista do Ministro Carlos Ayres Britto. HC 82424/RS. p. 833.

⁴⁸ Voto Vista do Ministro Carlos Ayres Britto. HC 82424/RS. p. 848.

⁴⁹ Voto Vista do Ministro Marco Aurélio de Mello. HC 82424/RS. p. 887.

Argumenta que não é possível que o livro do autor-paciente transforme-se em um perigo iminente de extermínio do povo judeu, especialmente em um país que nunca cultivou quaisquer sentimentos de repulsa a tal povo⁵⁰; apesar de um livro poder incitar, induzir ou praticar racismo e discriminação em teoria, as circunstâncias nas quais isso será possível devem ser analisadas, sendo necessário um exame da realidade social concreta.

Passa então ao exame da proporcionalidade, sob um ângulo diferente do utilizado pelo Ministro Gilmar Mendes:

“O subprincípio da conformidade ou da adequação dos meios (Geeingnetheit) examina se a medida adotada é apropriada para concretizar o objeto visado, com vistas ao interesse público. Assim, cabe indagar se condenar o paciente e proibi-lo de publicar os pensamentos, apreender e destruir as obras editadas são os meios adequados para acabar com a discriminação contra o povo judeu ou com o risco de se incitar a discriminação. Penso que não, uma vez que o fato de o paciente querer transmitir a terceiros a sua versão da história não significa que os leitores irão concordar, e, ainda que concordem, não significa que vão passar a discriminar os judeus, mesmo porque, ante a passagem inexorável do tempo, hoje os envolvidos são outros.

(...)

O segundo subprincípio é o da exigibilidade ou da necessidade (Erforderlichkeit), segundo o qual a medida escolhida não deve exceder ou extrapolar os limites indispensáveis à conservação do objetivo que pretende alcançar. Com esse subprincípio, o intérprete reflete, no caso, se não existem outros meios não considerados pelo Tribunal de Justiça que poderiam igualmente atingir o fim almejado, a um custo ou dano menor aos interesses dos cidadãos em geral. Paulo Bonavides registra que esse cânone é chamado de princípio da escolha do meio mais suave. Na hipótese, a observância desse subprincípio deixa ao Tribunal apenas uma solução cabível, ante a impossibilidade de aplicar outro meio menos gravoso ao paciente: conceder a ordem, garantindo o direito à liberdade de manifestação do pensamento, preservados os livros, já que a restrição a tal direito não garantirá sequer a conservação da dignidade do povo judeu.

Finalmente, o último subprincípio é o da proporcionalidade em sentido estrito (Verhältnismässigkeit), também conhecido como “lei da ponderação”. (...) Assim, cumpre perquirir se é razoável, dentro de uma sociedade plural como a brasileira, restringir-se determinada manifestação de opinião por meio de um livro, ainda que preconceituosa e despropositada, sob o argumento de que tal ideia incitará a prática de violência, considerando-se, todavia, o fato de inexistirem mínimos indícios de que o livro causará tal revolução na sociedade brasileira. (...) acredito que a condenação efetuada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – por sinal, a reformar a sentença do Juízo – não foi o meio mais adequado, necessário e razoável.”⁵¹

⁵⁰ Voto Vista do Ministro Marco Aurélio de Mello. HC 82424/RS. p. 888.

⁵¹ Voto Vista do Ministro Marco Aurélio de Mello. HC 82424/RS. p. 895 – 901.

3 A DEFESA DAS MINORIAS PERANTE A ORDEM CONSTITUCIONAL

O objetivo deste último capítulo é direcionar o conteúdo apresentado nas páginas anteriores para o escopo do trabalho, que é o de demonstrar a necessidade de proteção específica às minorias LGBTT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais). Para tanto, utilizar-se-á de dois casos recentes: o Inquérito 3590-DF, onde um parlamentar é acusado de discriminação ao grupo minoritário homoafetivo; e o Mandado de Injunção 4733-DF, em que uma entidade de defesa dos direitos LGBTT requer atenção constitucional específica para proteção de seus representados. A denúncia do primeiro foi oferecida em 2013, enquanto o protocolo do segundo foi efetuado em 2012 – ainda em trâmite até a presente data.

3.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - INQUÉRITO 3590 – DISTRITO FEDERAL

Trata-se de denúncia⁵² oferecida, em 8 de janeiro de 2013, pelo Procurador-Geral da República, em desfavor do deputado federal Marco Antônio Feliciano, desencadeada pela Representação nº 1.00.000.005498/2011-11, subscrita pelo cidadão Hamilton William dos Santos e encaminhada pela Procuradoria da República no Estado de São Paulo.

A denúncia se refere ao ato em que o parlamentar, que é pastor evangélico, publicou em conta que mantém na rede social *Twitter*, manifestação de natureza discriminatória em relação a homossexuais, pois o lançamento da assertiva em canal de ampla divulgação induz à discriminação dos homossexuais em virtude da orientação sexual, supostamente se enquadrando na prática do crime previsto no artigo 20 da Lei nº 7.716/1989. Eis o teor da mensagem publicada em 30 de março de 2011:

“A podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam ao ódio, ao crime, a (sic) rejeição.”

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3590. Distrito Federal. Relator: AURÉLIO. Marco. Publicado no DJE 12-09-2014 – Ata nº 127/2014 – DJE nº 177. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4352153>. Acessado em 12/10/2016.

A defesa alega, por sua vez, entre outros argumentos, a estrita interpretação teleológica da bíblia, vinculação da publicação com o desempenho do mandato parlamentar, proteção da liberdade de expressão e falta de tipicidade, ante a falta de tipo incriminador da prática, induzimento ou incitação à discriminação sexual, tendo o legislador previsto, no artigo 20 da Lei nº 7.716/1989, apenas a de raça, cor, etnia ou procedência nacional.

O Procurador refuta os argumentos da defesa, e acrescenta que o decidido no Habeas Corpus nº 82.424/RS, no qual teriam sido estabelecidas premissas sobre o tema da discriminação e do racismo, visou conferir enfoque ampliado ao conceito de raça constante do tipo penal no qual baseada a acusação.

Colaciona-se a ementa, para a seguir abordar os votos dos Ministros da Primeira Turma, que, em suma, manifestam-se contra o recebimento da denúncia, por atipicidade da conduta:

TIPO PENAL – DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO – ARTIGO 20 DA LEI Nº 7.716/89 – ALCANCE. O disposto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89 tipifica o crime de discriminação ou preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não alcançando a decorrente de opção sexual.

O Ministro Marco Aurélio argumenta que “ter-se-ia discriminação em virtude da opção sexual. Ocorre que o artigo 20 da Lei nº 7.716/89 versa sobre a discriminação ou o preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não contemplando a decorrente da opção sexual do cidadão ou da cidadã. O ditame constitucional é claro: não há crime sem anterior lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º.⁵³”

Manifesta-se então o Ministro Luís Roberto Barroso, aludindo que apesar de pessoalmente considerar o comentário feito pelo acusado como algo preconceituoso, de mau gosto e extremamente infeliz, pensa que a liberdade de expressão não existe para proteger apenas aquilo que seja humanista, aquilo que seja de bom gosto ou aquilo que seja inspirado. A conduta, eivada de desvalor, não

⁵³ Voto do Ministro Marco Aurélio. Inquérito nº 3590. Distrito Federal.

ingressa na esfera do crime, pois a tipificação do artigo 20 é taxativa, e se refere a raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Citando-o: “Eu até consideraria razoável que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana impusesse um mandamento ao legislador para que tipificasse condutas que envolvam manifestações de ódio, de hate speech, como observou a Doutora Deborah Duprat. Mas a verdade é que essa lei não existe. Existe até um projeto de lei em discussão no Congresso Nacional.⁵⁴”

Após a Ministra Rosa Weber se manifestar sucintamente no sentido da atipicidade da conduta, o Ministro Luiz Fux, acompanhando seu voto, alude à decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou a legitimação da união homoafetiva. Lá prevaleceu o entendimento de que a homoafetividade é um perfil, um traço da personalidade, não podendo, portanto, trazer nenhum discrimine ao Princípio da Isonomia, sendo a manifestação do acusado ao mesmo tempo ultrajante aos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Isonomia.

Conclui da seguinte forma: “por outro lado, Senhor Presidente, sob o ângulo da imunidade, se, paradoxalmente, entendêssemos que isso refletiria um delito contra a honra da pessoa, nós estaríamos realmente criando aqui um preconceito às avessas, porque entendemos que é um traço de personalidade. Então, não há ofensa nenhuma na pessoa declarar essa opção sexual, muito menos considerados como raça, porque também traria um colorido de preconceito, traria uma ideia de que são pessoas diferentes das outras.⁵⁵”

Prevaleceu na Primeira Turma do STF o entendimento de que, apesar de moralmente reprovável, o tipo do crime é taxativo ao enumerar as condutas passíveis de reprovação, não existindo, portanto, tipicidade na conduta. A denúncia não foi recebida.

⁵⁴ Comentário do Ministro Luís Roberto Barroso em voto do Ministro Marco Aurélio. Inquérito nº 3590. Distrito Federal.

⁵⁵ Voto do Ministro Luiz Fux. Inquérito nº 3590. Distrito Federal.

3.2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MANDADO DE INJUNÇÃO N° 4733 – DISTRITO FEDERAL

Trata-se de mandado de injunção coletivo, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT, em 10 de maio de 2012, contra o Congresso Nacional, em que se busca “obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) um pressuposto inerente à cidadania da população LGBTTT na atualidade.”⁵⁶

Essencialmente, postula-se na impetração o reconhecimento de que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo” ou, subsidiariamente, que sejam entendidas como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais; e a declaração, com fundamento nos incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal, de mora inconstitucional do Congresso Nacional no alegado dever de editar legislação criminal que puna, de forma específica, a homofobia e a transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de ‘praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação’ por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa.

O Senado Federal, ao prestar informações, aduz a impossibilidade de enquadrar a homofobia e transfobia no conceito de racismo, não tendo o Supremo Tribunal Federal assentado entendimento nesse sentido. Argumenta que racismo e homofobia são fenômenos sociais distintos, e que a ampliação do conceito jurídico resultaria em ofensa ao Princípio da Reserva Legal. Demonstra que a via do mandado de injunção é equivocada, pois só seria cabível onde houvesse dever constitucional expresso de legislar. Apresenta informações para corroborar a falta de mora legislativa, como a tramitação de projeto de lei com tema semelhante

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 4733. Distrito Federal. Relator: FACHIN, Edson. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4239576>. Acessado em 15/10/2016.

(122/2006). Ressalta o perigo de uma sentença aditiva no presente mandado de injunção, por tratar-se de matéria penal.

A Câmara dos Deputados, em suas informações prestadas, afasta a omissão, enumerando diversas ocasiões em que debates referentes ao tema foram realizados, bem como tramitação de projeto de lei que pretende sancionar condutas homofóbicas. Argui então que a equiparação entre racismo e homofobia não deflui da decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 82.424, onde se firmou que, apesar de o conceito de raça ser uma construção social, e não genética, não é possível enquadrar em racismo toda forma de discriminação, apenas aquelas manifestações discriminatórias assentes em referência de índole racial (cor, religião, aspectos étnicos, nacionalidade, etc.), entre as quais a Corte não incluiu a orientação sexual de um indivíduo.

Alega que os direitos dos cidadãos LGBTTT não são inviabilizados pela ausência de tutela penal referente à prática de homofobia ou transfobia, havendo inclusive inúmeras decisões judiciais proferidas pelos tribunais do país onde a discriminação homossexual tem sido punida pela via cível. Por fim, ressalta que o provimento do pedido formulado no mandado de injunção implicaria no ferimento do princípio inaugural do direito penal: o da anterioridade da lei.

A União, requerendo o ingresso no processo, manifesta-se sobre a petição inicial ressaltando que o direito garantido pela Constituição Federal refere-se à necessidade de punição de todas as formas de discriminação e racismo, e não à legislação específica de um tipo especial de conduta, não havendo qualquer comando constitucional que exija tipificação específica para a homofobia e transfobia, sendo incabível o mandado de injunção. Alega, ainda, que não há que se falar em mora legislativa, tendo em vista que a matéria dos autos é objeto de debate no Congresso Nacional, por meio de projeto de lei. Por fim, lembra da impossibilidade de se suprir omissão constitucional em relação às matérias penais, em razão do Princípio da Reserva Legal.

A Procuradoria Geral da República, por sua vez, em peça subscrita pelo Procurador-Geral Roberto Monteiro Gurgel Santos, colaciona jurisprudência do STF onde conclui-se que somente é cabível o mandado de injunção quando inexistir projeto de lei em tramitação sobre a matéria objeto do *writ*, não sendo o caso. A pendência de aprovação do referido Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006 no Senado Federal não deixa impunes os crimes praticados em razão da orientação sexual da vítima, pois há no ordenamento jurídico normas penais que tipificam os delitos de homicídio, lesões corporais e contra a honra. Relembra os perigos suscitados pela sentença aditiva proveniente de eventual acatamento do pedido, por desrespeito ao Princípio da Reserva Legal.

Entende o Ministério Público que as agressões sofridas por homossexuais e transgêneros já se enquadram, em uma interpretação condizente com as normas norteadoras do Estado Democrático de Direito, no conceito de discriminação ou preconceito de raça, devendo o vocábulo raça descrito no art. 20 da Lei nº 7.716/1989 ser interpretado de acordo com os valores sociais, éticos, morais e os costumes existentes na sociedade, e não em seu mero sentido literal, sendo evidente que o disposto na referida lei aplica-se a todo e qualquer tipo de discriminação ou preconceito, inclusive contra os homossexuais, tendo inclusive se manifestado nesse sentido no Inquérito nº 3590, já abarcado no presente trabalho. Assim, entende que o ordenamento jurídico pátrio protege homossexuais, bissexuais e transgêneros de agressões fundadas pelo preconceito contra suas orientações sexuais, e por mais que a associação impetrante julgue tal proteção deficiente, a insatisfação com o conteúdo normativo em vigor não é motivo suficiente para o cabimento do *writ*.

Após todas as entidades terem se manifestado contra o cabimento do mandado de injunção, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do processo à época, proferiu decisão, acatando os argumentos expostos na manifestação da Advocacia-Geral da União e no parecer da Procuradoria Geral da República quanto ao não cabimento do mandado de injunção:

“Com efeito, é firme a jurisprudência desta Corte com relação à necessidade de se detectar, para o cabimento do *writ* injuncional, a existência inequívoca de um direito subjetivo, concreta e especificamente consagrado na Constituição Federal, que não esteja sendo usufruído por seus destinatários pela ausência de norma regulamentadora exigida por essa mesma Carta.

(...)

Essa conclusão, no sentido de que não há em jogo direito subjetivo especificamente consagrado na Carta Magna cuja fruição esteja sendo obstada pela ausência de regulamentação legal, mas sim um legítimo e bem articulado movimento em prol de uma legislação criminal ainda mais rigorosa no tocante à punição de condutas homofóbicas, foi bem explicitada pela Procuradoria Geral da República (...)

Isso posto, acolhendo o parecer da Procuradoria Geral da República pela manifesta inviabilidade da via injuncional no caso ora em exame, não conheço deste mandado de injunção.”

A ABLGT, ato contínuo, interpõe Agravo Regimental, argumentando que o entendimento dos pressupostos necessários para o cabimento do mandado de injunção no presente caso foi restritivo e incompatível com o texto constitucional. Ainda, alega que a mera afirmação em sentença monocrática pelo ministro e parecer do *parquet* no sentido de que o conceito ontológico de racismo já abarca os males provenientes da homofobia e transfobia não é bastante, sendo necessária decisão com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, objetivo pretendido pela associação. Reitera por fim os argumentos expostos na inicial.

A Procuradoria-Geral da República, em peça subscrita pelo Procurador-Geral Rodrigo Janot Monteiro de Barros, se manifesta de maneira contrária ao entendimento anterior, conforme se evidencia da ementa formulada em seu próprio parecer:

CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. HOMOFOBIA. PROTEÇÃO DEFICIENTE. MANDADO DE INJUNÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. CONHECIMENTO E PROVIMENTO.

O mandado de injunção, na linha da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, presta-se a estabelecer profícuo e permanente diálogo institucional nos casos de omissão normativa.

Extraí-se do texto constitucional dever de proteção penal adequada aos direitos fundamentais (Constituição da República, art. 5º, XLI e XLII). Em que pese à existência de projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, sua tramitação por mais de uma década sem deliberação frustra a força normativa da Constituição.

A ausência de tutela judicial concernente à criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional.

Parecer pelo conhecimento e provimento do agravo regimental.

Expõe que deve ser conhecido o agravo regimental e aberta a oportunidade para que o Plenário do Supremo Tribunal Federal possa pronunciar-se detidamente sobre a pretensão deduzida. Argumenta que a jurisprudência da Suprema Corte tem conferido espectro variado e de amplo alcance ao instituto do mandado de injunção, que cobre desde decisões de mero aviso ao legislador até regulamentação da situação.

Aduz que a homofobia e a transfobia constituem gravíssima violação de direitos fundamentais, a reclamar urgente e enfática resposta por parte do Direito Penal, existindo clara ausência de norma regulamentadora que inviabiliza o exercício da liberdade constitucional de orientação sexual e de identidade de gênero, bem como da liberdade de expressão, sem as quais fica indelevelmente comprometido o livre desenvolvimento da personalidade, em atentado insuportável à dignidade da pessoa humana. Tal discriminação atinge especialmente determinadas pessoas e grupos, maculando o Princípio da Igualdade, e acarretando situação de grave vulnerabilidade física, psíquica e social.

O Ministro Edson Fachin, tendo substituído o Ministro Lewandowski, decide então nos seguintes termos:

DECISÃO: Tendo em vista a suscitada ausência de norma nos termos almejados pela pretensão inaugural, sem adentrar ao mérito da procedência ou não do intento vertido no Mandado de Injunção impetrado, reconsidero a decisão monocrática anteriormente proferida nos presentes autos para o fim de cancelar o cabimento formal e determinar o processamento respectivo do Mandado de Injunção em tela, visando à instrução pertinente atualizada para futura apreciação do mérito.

Isto posto, julgo, nos termos do inc. IX do art. 21 do RISTF, prejudicado o Agravo Regimental interposto, assento o cabimento na hipótese de Mandado de Injunção, com alegado fundamento no art. 5º, LXXI da Constituição da República, para o efeito de examinar a denegação ou a concessão do provimento requerido caso demonstrada a possibilidade de suprimimento judicial da lacuna apontada, e determino sejam intimados, no prazo comum de 30 (trinta) dias, a impetrante, o impetrado, a Advocacia Geral da União, a Procuradoria Geral da República e demais interessados para que se manifestem sobre o mérito da causa.

Após a manifestação das partes intimadas, e admissão dos *amicus curae* pertinentes, o processo encontra-se concluso ao relator desde 06/10/2016.

3.3 A FUNDAMENTAÇÃO EM FAVOR DAS MINORIAS NO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4733

Conforme dito, o Mandado de Injunção 4733-DF pretende “obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, com base na parte final do artigo 5º, inciso LXXL, da CF/88. Por ser esta medida absolutamente necessária para que não seja inviabilizado faticamente o exercício da cidadania da população LGBT brasileira na atualidade, bem como seu direito fundamental à segurança”⁵⁷.

Pretende-se nesse capítulo final colacionar alguns argumentos pertinentes que apoiam a tese de limitação da liberdade de expressão em favor dos Princípios da Dignidade Humana e Isonomia, utilizando-se o conteúdo das peças da ABGLT – Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, proponente do mandado, e da Procuradoria Geral da República, que mudou o sentido de suas manifestações após a proposição do Agravo Regimental, passando a ser a favor da concessão do pedido. Trata-se de processo eletrônico, portanto todas as peças estão disponíveis no site do Supremo Tribunal Federal, no endereço indicado em nota de rodapé⁵⁸. Utilizarei, onde necessário, a mesma fonte de referência dos patronos das respectivas peças, e ultrapassarei os argumentos voltados a defender o cabimento do mandado de injunção, tendo em vista que o escopo deste trabalho é outro.

Partindo do pressuposto de que toda conduta racista deve ser criminalizada, a impetrante busca definir um conceito ontológico de racismo, tendo como caso paradigma o caso Ellwanger, HC 82424/RS, já abarcado no presente trabalho. Lembra a Associação que naquele caso o Supremo Tribunal Federal concluiu que o conceito jurídico-constitucional do crime racismo não pode ser

⁵⁷ Exordial em Mandado de Injunção nº 4733.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 4733. Distrito Federal. Relator: FACHIN, Edson. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4239576>.

definido por critérios exclusivamente biológicos, vez que a ciência já aboliu o conceito puramente biológico de raça. É necessário uma compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, antropológicos ou biológicos para a definição do termo; se este apenas derivasse de aspectos biológicos, tratar-se-ia de crime impossível, já que a raça é humana, quais todos nós. Nesse sentido, um excerto do voto da Ministra Ellen Gracie elucida o ponto: “embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção história, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do artigo 5º da Carta Política. Fundado nessa constatação é que o embaixador Lindgren Alves entende que ‘raça’ é, sobretudo, uma construção social, negativa ou positiva, conforme o objetivo que se lhe queira dar”⁵⁹,

Tem-se que a homofobia é preconceito e/ou a discriminação contra homossexuais e bissexuais, ao passo que a transfobia é o preconceito e/ou discriminação contra travestis, transexuais e transgêneros em geral. Em contraposição, o heterossexismo “se define como crença na existência de uma hierarquia das sexualidades, em que a heterossexualidade ocupa a posição superior. Todas as outras formas de sexualidade são consideradas, na melhor das hipóteses, incompletas, acidentais e perversas; e, na pior, patológicas, criminosas, imorais e destruidoras da civilização.”⁶⁰ “Há profundo menosprezo e discriminação ao homem que não se adequa ao que a sociedade espera em termos de masculinidade, e à mulher que não se adequa ao que a sociedade espera em termos de feminilidade, que são conceitos puramente culturais (masculinidade e feminilidade).”⁶¹ Evidencia-se o preconceito praticado contra grupo minoritário

⁵⁹ Voto da Ministra Ellen Gracie em HC nº 82.424/RS. STF. p.4.

⁶⁰ BORRILHO, Daniel. Homofobia. História e crítica de um preconceito. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 1ª Edição. Belo Horizonte: Editora Autêntica. 200. p. 15-16, e 31-32.

⁶¹ PRADO, Marco Aurélio Máximo e JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Homofobia, hierarquização e humilhação social. In: VENTURI, Gustavo e BOKANY, Vilma. Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil. 1ª Ed. São Paulo: Ed. Perseu Abramo, 2011. p. 57 e 60.

socialmente definido, aproximando tal forma de violência, suas motivações e resultados, à praticada contra os negros, consubstanciada no racismo.

Transcreve-se também trecho da exordial, sintetizando o arguido:

“Excelências, os atos de ofensas (físicas e verbais), homicídios, ameaças e discriminações praticados contra pessoas LGBT em nosso país têm motivação inequivocamente racista, pois se tratam de atos violentos, constrangedores, intimidatórios e/ou vexatórios realizados unicamente pelo fato de as pessoas LGBT terem uma orientação sexual não-heterossexual/heteroafetiva e uma identidade de gênero transgênera, ou seja, por não serem heterossexuais e/ou por terem uma identidade de gênero não-coincidente com o gênero socialmente atribuído a seu sexo biológico. Afinal, tais atos violentos, constrangedores, intimidatórios e/ou vexatórios são motivados única e exclusivamente pelo fato das pessoas LGBT serem LGBT, ou seja, unicamente por sua orientação sexual e/ou por sua identidade de gênero, nenhum motivo mais. O horrendo “estupro corretivo”, manifestação típica de lesbofobia, cometido contra mulheres lésbicas com o intuito de “mostrar a elas o que estão perdendo” (sic.); as nefastas agressões contra gays e bissexuais, inclusive cometidas por pais a seus filhos, para “que se tornem homens” (sic...); as nefastas agressões e assassinatos cometidos contra travestis e transexuais pelo simples fato de se identificarem com o gênero oposto ao socialmente atribuído ao seu sexo biológico e, assim, adequarem seu corpo a sua identidade de gênero; tais horrendas, nefastas e absurdas condutas demonstram o caráter tipicamente racista do heterossexismo social e/ou da homofobia e da transfobia na atualidade.”⁶²

E, mesmo que não se considere a homofobia e a transfobia como racismo, a necessidade de intervenção penal ainda sim se demonstra evidente, pois tais ofensas violam o direito fundamental à liberdade e à igualdade, deixando a população LGBTTT vulnerável e insegura. Neste sentido, “a situação de maior gravidade, de omissão inconstitucional no sentido de proteger penalmente vítimas de discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais, é a referente à orientação sexual. Embora a ocorrência de crimes de ódio relacionados à opção sexual (sic) no Brasil tenha crescido, a necessidade da legislação penal protetora ainda não foi reconhecida pelo legislador. Homossexuais, bissexuais, transexuais tem tolhido seu espaço de liberdade e escolha porque graves condutas de

⁶² Exordial em Mandado de Injunção nº 4733. p. 40.

intolerância ainda não receberam a diferenciada descrição típica penal que a Constituição, no artigo 5º, XLL, exige. Trata-se de omissão inconstitucional.⁶³

Por fim, a impetrante relembra dos argumentos utilizados em favor da dignidade humana no caso Ellwanger, em que se demonstrou que a liberdade de expressão não pode acobertar manifestações preconceituosas e que incitam a prática de atos de hostilidade contra grupos humanos. O discurso de ódio e a disseminação do preconceito não podem ser valorados como atos expressivos sob a égide do Princípio da Liberdade de Expressão, pois carecem de valor expressivo digno de proteção constitucional, ou seja, “promover a verdade, aperfeiçoar o conhecimento, promover o funcionamento da democracia, ser essencial à autonomia e dignidades individuais, e ser compatível com a tolerância preconizada no Preâmbulo da Constituição.”⁶⁴

A Procuradoria Geral da União, após a reconsideração da decisão monocrática que não recebeu o mandado de injunção, se manifestou quanto ao mérito da questão, iniciando seu parecer com a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. ART. 5º, XLI e XLII, DA CONSTITUICAO DA REPUBLICA. CRIMINALIZACAO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA. PEDIDO DE INDENIZACAO DE VITIMAS DE HOMOFOBIA. NÃO CONHECIMENTO. MANDADO DE CRIMINALIZACAO. CONFIGURACAO DE RACISMO. LEI 7.716/1989. CONCEITO DE RACA. INTERPRETACAO CONFORME A CONSTITUICAO. MORA LEGISLATIVA. FIXACAO DE PRAZO PARA O CONGRESSO NACIONAL LEGISLAR.

1. Não se coaduna com o objeto e o rito de mandado de injunção pedido de condenação do estado a indenizar vitimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento do dever de legislar.

2. Deve conferir-se interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Não se trata de analogia *in malam partem*.

3. O mandado de criminalização contido no art. 5º, XLII, da Constituição da Republica, abrange a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas.

4. Caso não se entenda que a Lei 7.716/1989 tipifica praticas homofóbicas, esta em mora inconstitucional o Congresso Nacional, por inobservância do

⁶³ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. 1ª Edição, Belo Horizonte. Editora Forum. 2007. p.285.

⁶⁴ MARTINS NETO, João dos Passos. ob. cit. p. 71.

art. 5º, XLI e XLII, da CR. Cabe fixação de prazo para o Legislativo sanar a omissão.

5. Existência de projetos de lei em curso no Congresso Nacional ao afasta configuração de mora legislativa, ante período excessivamente longo de tramitação, a frustrar a força normativa da Constituição e a consubstanciar *inertia deliberandi*.

6. A ausência de tutela judicial concernente a criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional.

7. Parecer pelo conhecimento parcial do mandado de injunção e, no mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida.

Após citar o Princípio da Igualdade, inscrito no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como objetivo fundamental da República, inscrito no art. 3º, IV, da CF, e lembrar que foi conferido à lei a função de punir discriminação atentatória de direitos e liberdades fundamentais, através do artigo 5º, XLI, da CF, argumenta a Procuradoria que as “condutas contrárias à liberdade de orientação sexual possuem nítido caráter discriminatório e violador da dignidade do ser humano, em patente confronto com esse conjunto de normas constitucionais. A homofobia decorre da mesma intolerância que suscitou outros tipos de discriminação, como aqueles em razão de cor, precedência nacional, religião, etnia, classe e gênero.”⁶⁵

Aduz que a criminalização da homofobia e transfobia não foi deixada à discricionariedade política do legislador pela Constituição, pois esta dispõe expressamente a respeito da punição de qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), e determina tratamento penal específico para a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão (art. 5º, XLII). Assim, “razões de equivalência constitucional, ancoradas no Princípio da Igualdade, impõem criminalizar a discriminação e o preconceito contra cidadão e cidadãs lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, pois a repressão penal da discriminação e do preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional já é prevista pela legislação criminal brasileira

⁶⁵ Manifestação da Procuradoria Geral da União em Mandado de Injunção nº 4733. p.7.

(Lei 7.716/1989) e não há justificativa para tratamento jurídico diverso, sob pena de intolerável hierarquização de opressões.”⁶⁶

Colaciona aos autos rol de compromissos internacionais aos quais o Brasil se comprometeu, dispostos a seguir:

“Resolução 17/19 da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre “Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero” (14 de junho de 2011), que prevê, no item 2, estabelecimento de “diálogo construtivo, fundamentado e transparente sobre a questão das leis e práticas discriminatórias e atos de violência contra as pessoas por motivo de sua orientação sexual e identidade de gênero” .

Resolução AG/RES-2435 (XXXVIII-0/08) da Organização dos Estados Americanos (OEA) sobre “Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero” (3 de junho de 2008), semelhante a anterior.

Recomendação CM/Rec(2010)5 do Comitê de Ministros aos Estados-Membros da União Europeia sobre medidas para combate a discriminação devido a orientação sexual ou de identidade de gênero (31 de março de 2010), que exorta os governos a assegurar “que as vítimas de discriminação estejam cientes da existência e tenham acesso aos meios jurídicos eficazes disponibilizados pelas autoridades nacionais competentes e que as medidas adotadas para o combate a discriminação prevejam, se for caso, sanções para as infrações, assim como a atribuição de compensação adequada as vítimas de discriminação” .

Resolução do Parlamento Europeu sobre homofobia na Europa (Estrasburgo, 16 de janeiro de 2006), cujo item 9 exorta urgentemente a Comissão a considerar o recurso a sanções penais em caso de violação das diretivas fundadas no artigo 13 do tratado (que versa sobre o combate a toda discriminação, inclusive por orientação sexual).

Princípios de Yogyakarta (Indonésia, 2006), enunciados pelo painel internacional de especialistas em legislação internacional de direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero – expressamente referidos pelo Min. CELSO DE MELLO na ADI 4.277/DF –, entre os quais figura o direito a segurança pessoal, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero, com o dever de os estados tomarem “todas as medidas legislativas necessárias para impor penalidades criminais adequadas a violência, ameaças de violência, incitação a violência e assédio associado, por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer pessoa ou grupo de pessoas em todas as esferas da vida, inclusive a familiar”.⁶⁷

E também compromisso de plano interno, “exteriorizado no Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH), desde sua segunda versão (Decreto 4.229, de 13 de maio de 2002 – anexo, item 116: “Propor o aperfeiçoamento da legislação

⁶⁶ Manifestação da Procuradoria Geral da União em Mandado de Injunção nº 4733. p. 18.

⁶⁷ Manifestação da Procuradoria Geral da União em Mandado de Injunção nº 4733. p. 19,20.

penal no que se refere a discriminação e a violência motivadas por orientação sexual”) ate a atual 3ª versão (PNDH-3 – Decreto 7.037, de 21 de dezembro de 2009, atualizado pelo Decreto 7.177, de 12 de maio de 2010).”⁶⁸

Vale ainda ressaltar a interessante teoria levantada pelo *Parquet*, em que argumenta que a ausência de norma regulamentadora inviabiliza o exercício da liberdade constitucional de orientação sexual e identidade de gênero, o que por sua vez prejudica de maneira direta a própria liberdade de expressão destes ofendidos. Nessa visão, deve-se limitar a liberdade de expressão para, paradoxalmente, garantir sua plenitude isonômica. Assim, desloca a égide do Princípio da Liberdade de Expressão não para o discurso ofensor, onde predomina o ódio e o preconceito, mas sim para a parte oprimida, que sem os meios de fazer resguardar sua dignidade, é também impedida de exercer os demais direitos subjetivos constitucionais, inclusive a liberdade de expressão.

O Mandado de Injunção está previsto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição de 1988, que dispõe que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. O pedido de criminalização da homofobia e transfobia por meio do Mandado de Injunção 4733-DF busca demonstrar a necessidade da tutela do Estado para influenciar a coletividade a agir de forma compatível aos valores constitucionais de nossa República Democrática. A pretensão penal aduzida clama por resposta estatal, pois a situação atual torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. O Estado deve também assumir postura objetiva para concretizar os valores de tolerância promulgados pela Constituição, assumindo um compromisso de erradicação do preconceito, de modo a incutir a tolerância nos costumes e moral da sociedade, não se bastando em punir o agressor intolerante.

⁶⁸ Manifestação da Procuradoria Geral da União em Mandado de Injunção nº 4733. p. 20.

4 CONCLUSÃO

Buscou-se neste trabalho levantar alguns pontos pertinentes para a discussão jurídica nacional sobre o tema da limitação da liberdade de expressão em prol dos Princípios da Dignidade e Isonomia.

Assim, discorreu-se sobre as origens do Princípio da Liberdade de Expressão, e sua aplicação no Brasil, destacando seus objetivos de aprimoramento pessoal e maturação social e civilizatória, com o intuito de demonstrar que tal princípio tem motivos benéficos que o estruturam, que visam o bem civilizatório, promovendo valores como a tolerância, a cultura, o conhecimento e a verdade. Jamais foi escopo de tal princípio justificar atos de mera violência e preconceito, sob pena de macular seu nobre núcleo constitucional.

Após, foi demonstrada a doutrina do “hate speech”, por ser um estudo recorrente no cenário internacional sobre a discriminação e o preconceito, dando-se nome aos atos cuja manifestação pretendeu-se expurgar da asa do Princípio da Liberdade de Expressão. Caracterizaram-se as minorias e as maneiras como o preconceito contra elas prejudica sua dignidade e bem estar.

Voltando ao cenário nacional, colacionaram-se julgados demonstrando como o Supremo Tribunal Federal, ao longo da história, tratou os temas de liberdade de expressão e o “hate speech”, bem como a utilização do Princípio da Proporcionalidade para dirimir os embates entre os Princípios Constitucionais, mostrando ser possível a preponderância de um sobre o outro, sem abalar sua harmonia constitucional, dependendo do caso concreto em que o embate se dá.

Por fim, abarcaram-se os recentes casos envolvendo a ordem constitucional e o ataque às minorias, buscando-se demonstrar a insuficiência legal de aparatos de proteção, e o tratamento que o Supremo Tribunal Federal atribui ao tema aqui discorrido.

Conclui-se primeiramente ser possível a limitação da liberdade de expressão para inibir os crimes de ódio decorrentes do preconceito contra as minorias LGBTT aqui elencadas: lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais. O embate de Princípios Constitucionais, favorecendo-se um em decorrência de outro, não é tema novo em nossa ordem constitucional. O aprofundamento da doutrina e jurisprudência sobre o Princípio da Proporcionalidade é prova suficiente disso. Com a demonstração dos perigos que a não limitação de parcela do direito de liberdade de expressão provoca aos demais princípios correlacionados à Dignidade da Pessoa Humana e à Isonomia de certas minorias não protegidas pela ordem legal, fica cabalmente demonstrado que, além de possível, tal limitação se faz necessária.

Corroborando o entendimento acima elencado o julgamento do HC 82.424/RS, o caso Ellwanger. Lá, limitou-se a aplicação da Liberdade de Expressão em desfavor do réu, acusado de prática de crime de racismo contra judeus em obra literária. Para tanto, abrandou-se também o conceito jurídico-constitucional de “racismo”, excluindo dele a significação científica e atribuindo-se, em seu lugar, conceituação político-social-antropológica-cultural. Pelos argumentos lá utilizados para a condenação do impetrante, pode-se concluir que tal conceito abarca as minorias LGBTT, devendo-se neste caso atribuir-se a proteção constitucional que lá se deu.

Assim, respondendo à pergunta: “é possível a limitação da Liberdade de Expressão em casos envolvendo violência às minorias LGBTT”, originária do projeto de monografia que o aluno graduando em direito da UFSC deve responder, referente ao tema escolhido para seu trabalho de conclusão de curso, responde-se “sim, tanto é possível como necessária tal intervenção.”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAKIRCIOGLU, Onder. Freedom of Expression and Hate Speech, Tulsa J. Company & Int'l L. (2008).

BANTON, Michael. The Declaratory Value of Laws Against Racial Incitement. In Striking a Balance. Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination. Compilation edited by Sandra Coliver. Article 19, London and Human Rights Centre, University of Essex, 1992.

BOYLE, Kevin. Hate Speech – the United States versus the rest of the World?. In Maine Law Review. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Recurso em Mandado de Segurança n.º 18534/SP. Relator: CAVALCANTI, Themistocles. Publicado no DJ 27-12-1968 p. 005530. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115155>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Habeas Corpus n.º 83996/RJ. Relator: VELLOSO, Carlos. Publicado no DJ 26-08-2005 p. 000065. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+83996%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+83996%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b94tozc>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Habeas Corpus n.º 82424/RS. Relator: ALVES, Moreira. Publicado no DJ 19-03-2004 p. 000017. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82424%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82424%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/az3e35m>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n.º 3590. Distrito Federal. Relator: AURÉLIO. Marco. Publicado no DJE 12-09-2014 – Ata n.º 127/2014 – DJE n.º 177. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4352153>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 4733. Distrito Federal. Relator: FACHIN, Edson. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4239576>.

GORDON, Paul. Racist Violence: The Expression of Hate in Europe. In Striking a Balance. Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination. Compilation edited by Sandra Coliver. Article 19, London and Human Rights Centre, University of Essex, 1992.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: “Que é o Iluminismo?”; tradução Artur Morão – www.lusosofia.net.

KRIELE, Martin. Introducción a la teoría del Estado. Buenos Aires: De Palma, 1980.

MARTINS NETO, João dos Passos. Fundamentos da liberdade de expressão; Florianópolis: Insular, 2008.

MILL, John Stuart. Sobre a liberdade; tradução Alberto da Rocha Barros – 2.ed. – Petrópolis, RJ : Vozes, 1991.

FONTES SUBSIDIÁRIAS

BORRILHO, Daniel. Homofobia. História e crítica de um preconceito. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 1ª Edição. Belo Horizonte: Editora Autêntica.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. 1ª Edição, Belo Horizonte. Editora Forum. 2007

PRADO, Marco Aurélio Máximo e JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Homofobia, hierarquização e humilhação social. In: VENTURI, Gustavo e BOKANY, Vilma. Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil. 1ª Ed. São Paulo: Ed. Perseu Abramo, 2011.